

EVANDRO GUEIROS LEITE*

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

O ativismo do juiz como princípio de Direito Processual

A literatura sobre o ativismo do juiz já se faz ampla, mas o seu estudo ainda exige a fixação de noções propedêuticas no âmbito do Direito Processual Civil como ciência. Sendo o Direito Processual Civil conjunto de princípios jurídicos que regulam o processo e disciplinam a atividade jurisdicional do Estado¹, o ativismo é um desses princípios, a exemplo de outros que informam e inspiram esse ramo da ciência jurídica, muitos dos quais já legislados.²

¹ O Direito Processual Civil é ciência e legislação, porque se alimenta e inspira nos princípios e opera ou impera através da norma escrita. O Direito Penal, por exemplo, atua também por coação ética ou exortativamente (**Evandro Gueiros Leite**, *Conflitos Intercontextuais de Processo*, Freitas Bastos, 1963, pp. 9,17 e 19). O processo não regula apenas a atividade jurisdicional do Estado, mas também a atividade jurisdicional privada, nos casos do compromisso ou juízo arbitral e da própria atividade das partes privadas no processo, estabelecendo-se normas de capacidade, representação, oportunidade, legitimação e outras.

² **José Augusto Delgado**, escrevendo sobre a subordinação da ciência jurídica aos princípios que lhe servem de diretriz, ensina, firmado em **Cappelletti**, que o Direito Processual é como um espelho, no qual, com extrema fidelidade, se refletem os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico (A Tutela do Processo na Constituição de 1988, *Princípios Essenciais*, Amagis, 18:78, jun. 1989, n. 2; **Mauro Cappelletti**, *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, trad. cast., Buenos Aires, 1973). Há princípios de natureza diretora, como o da oralidade, e dele outros se deduzem com características próprias: impulso processual, imediatidade, livre apreciação da prova. Estudiosos confirmam que o ativismo do juiz é mais bem desenvolvido nos sistemas processuais onde predomina o princípio dispositivo, "*pars que tous le rapporteurs nationaux confirment que dans leur systeme national l'activisme du juge croît, tandis qu'on maintient le principe dispositif*" (**Azmy Abdel Fattah Ateia**, p. 30, IX. *Congrès Mondial de Droit Judiciaire*, Coimbra-Lisboa, 25-31 août 1991, p. 486, n. 6, b). A alegada antinomia entre esse princípio e o ativismo não é mais do que aparente (**iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet**): o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes; deve julgar segundo o provado pelas partes, CPC, art. 130 - **Liebman**, *Manuale*, v. 1, p. 230, n. 128; **Barbi**, *Comentários ao CPC*, 1ª ed., 1975, v. 1, t. 2, pp. 530-1, n. 697; **Calamandrei**, *Instituciones*, trad. arg., 1943, v. 1, pp. 330-2; **Cappelletti**, *La Testemonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità*, Milano, 1962, v. 1, p. 337. No princípio dispositivo, segundo **Cappelletti**, estaria apenas a proposição de que o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes. **Barbi** esclarece que esse princípio vem sofrendo reexames e foi abrandado à medida que o processo deixou de ser considerado como instrumento do interesse preponderantemente das partes e passou a ser visto, principalmente, como meio de ação do Estado para atuar a

O *comportamento* tem que ver com a habitualidade de certa conduta, cuja tendência pode ser, na esfera do direito, a *jurisdicionalidade* de que fala **Toshio Mukai**³. O *ativismo*, como conduta habitual, torna-se princípio e caminha para a formação de material jurídico positivo. A aplicação do direito é *produção* de direito como **norma agendi**.

O *ativismo* condiz, pois, com a contextualidade do Direito Processual Civil, no pertinente à atividade jurídica e à ação judiciária: atuação de um Poder (política); função do **jus dicere** (finalidade); processo e organização (instrumentalidade). Dentro desse quadro, o estudioso pode aderir a um novo princípio de legitimidade ou a uma nova idéia de direito, com o juiz como figura principal, segundo a lição de **A. Peyrefitte**⁴. Também **Antonio Escostegury Castro**^{4a}.

A pragmática do ativismo judicial

lei que edita. Assim, o ativismo do juiz é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes conscientes e cooperantes (cf. Ac. da Corte de Cassação da França, de 24.11.1989, Sirey, 1990, jur., 429, **apud** Relatório, p. 486 (a)). Outros autores são favoráveis à prevalência do princípio inquisitivo, porque por ele dividem-se as atividades das partes e do juiz no processo. Segundo o processualista inglês **Jack Jacob**, o juiz, pelo sistema inquisitivo, tem um papel ativo, autoritário e interventivo (*The Fabric of English Civil Justice*, Londres, 1987, pp. 6-7, Relatório, p. 423, II). **Normand, Fix-Zamudio** (*Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial*, México, 1986, pp. 41-2); **Smith**: "*processual issues, however, do not fall under the principle of party presentation*" (o litígio seria concernente ao juiz); **Cappelletti**, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1969, p. 387, Relatório, p. 423: o julgamento será não somente o resultado da conduta pré-processual das partes, mas alcançará, igualmente, a situação pós-processual dessas mesmas partes. No Brasil, o CPC adota, de certo modo, os dois princípios. **Pontes de Miranda** fala, quanto aos princípios fundamentais, que aqui se tenta uma síntese de ambos: os arts. 2º, 128, 293 e 460 cuidam da livre incoação das partes, embora o juiz possa apreciar de ofício certas matérias (arts. 15, 113, 219, § 5º, 267, § 3º, 295 e 301, § 4º). O art. 262 reflete os aspectos ressaltados por **Cappelletti**: atuação pré e pós-processual ou mesmo de desenvolvimento combinado. Novamente **Pontes de Miranda**, nos seus Comentários ao CPC (1974, t. 1, p. 69), ensina que na excessiva *concentração* mal se disfarça por vez a inquisitividade (arts. 294, 304, 282, VI, e 283). Confirmam-se os princípios legislados: causalidade (art. 248); estabilidade da lide (arts. 321, 262, 303, I); eventualidade (art. 300); fungibilidade recursal (art. 496); identidade física do juiz (art. 132); instrumentalidade das formas (arts. 244, 284, 327); isonomia processual (art. 125, I); lealdade processual (arts. 14, II, 16 e 18, 599, II, a 601); perpetuação da jurisdição (art. 87, 2ª parte); sucumbência (art. 20); duplo grau de jurisdição (art. 515, §§ 1ª e 2ª). Na Lei nº 7.244/84 (Juizado de Pequenas Causas): princípios da celeridade, da economia processual e da informalidade (art. 2º). **Pontes de Miranda** menciona, ainda (Comentários ao CPC, cit., t.I), os princípios da publicidade (que atualmente já é constitucional - art. 5º, LX), da livre dicção do direito objetivo (**iura novit cúria**), da relevância das normas de competência e da audição jurídica.

³ O direito e seu discurso legitimador - I, Revista do IA/SP, 2:40.

⁴ *Les chevaux du lac Ladoga* (Relatório, p. 405 (2)).

^{4a} A necessidade de controle social sobre o Poder Judiciário, OAB, v. 20, n. 55, set./dez. 1991. Dissertando sobre a natureza do ato de julgar, afirma que a "aplicação do direito também é *produção* de direito" (p. 159).

O ativismo do juiz atua sobre o comportamento deste no processo, em busca de um direito judicial, menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais. Não importa numa simples, embora ágil, aplicação da norma e que a deixe inalterada. Nem é atitude *voluntariosa*, mas tomada de consciência no presente e diretriz de decisões futuras.

O ativismo não é, porém, um novo sistema fora da realidade do processo, como pareceu a **M. Cappelletti**⁵, ao perguntar por que os tribunais não poderiam atuar como legisladores na criação e adaptação constante das suas próprias regras processuais técnicas, pois que com elas lidam diuturnamente. Citou o exemplo da Corte Européia de Strasbourg, que, todavia, não é um tribunal de jurisdição ordinária ou comum^{5ª}.

As conclusões do IX Congresso de Portugal⁶

⁵ *The law-making power of the judges and its limits, in The Judicial Process in comparative perspective*, cit., p. 34 (Relatório, p. 488 (1)).

^{5ª} **Matsches**. Relatório, p. 488 (I), *in fine*.

⁶ IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, Coimbra-Lisboa, 25-31 ago. 1991, Relatório Geral sobre Ativismo do Juiz, redigido por **Marcel Storme** (Gent, Bélgica) e **Dagmar Coester-Waltjen** (Munique, Alemanha). Gentileza de **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, representante do Brasil. Também recebemos, através do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, por gentileza de sua Secretária-Geral, **Ada Pellegrini Grinover**, o relatório elaborado por **José Raimundo Gomes da Cruz**, associado do Instituto e um dos representantes do Brasil no IX Congresso. Ele faz referência aos demais representantes: **Carlos Azevedo, Sérgio Bermudes, Cahali, Dinamarco, Barbosa Moreira, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro, Marcato, Bedaque, Nalini, Peluso, Portanova, Ada Pellegrini Grinover, Galeno Lacerda, Simões, Arruda Alvim e Teresa Alvim**.

O IX Congresso manteve a sequência de três Congressos anteriores, realizados na Bélgica, 1977, na Alemanha, 1983, e na Holanda, 1987, além do Congresso Extraordinário de Bolonha, 1988. Tais atividades vinculam-se às finalidades essenciais da Associação Internacional de Direito Processual, dentre as quais ressaltam a posição do aparelho Judiciário como " pilar do Estado de Direito " e a " Justiça com rosto humano ". O processo judicial tornou-se num " produto de massa " ou " macrodireito judiciário ", em contraste com o " microdireito judiciário ", que não interessava senão às partes. Pensa-Se, ainda, na criação dum **jus commune**..

Especificamente sobre *ativismo judicial* tivemos os seguintes tópicos das atuais tendências: o juiz como porta-voz, intérprete, pesquisador, criador do direito; o juiz contra a lei; protagonista do processo, conciliador, engenheiro social, descobridor da verdade. A extensão do ativismo do juiz no domínio do processo contou com os seguintes

Não foram extremadas as conclusões a que chegou o IX Congresso de Direito Judiciário, realizado em Portugal, onde o ativismo do juiz foi escolhido como um dos temas principais, contando-se com a participação de mais de quarenta relatores de vários países⁷.

As teses marcantes foram as seguintes: enquanto declina o princípio inquisitivo, que caracteriza o tipo socialista de processo, aumenta o poder do juiz que dirige e ordena o processo e tem o livre exame das provas; o ativismo judicial é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e dos advogados conscientes e cooperadores. Se o juiz tornou-se um autêntico diretor do processo, pode acontecer (1) que a duração da

desdobramentos: ajuizamento da demanda, partes na lide, objeto da lide e seus limites, debate judiciário, desenvolvimento do processo, sua direção, formas e prazos; descoberta da verdade (sistemas acusatório, inquisitivo e misto, abrangendo o ônus da prova e o papel do juiz, o término do processo sem julgamento).

No campo do direito material, contemplou-se a *judicial review*, o relacionamento do Judiciário com o Executivo e a vinculação dos julgamentos aos precedentes. Destacou-se a intervenção judicial no plano dos contratos. Acolheram-se as sugestões de **Galeno Lacerda** acerca do *sobredireito processual*.

Não foram descurados os seguintes temas paralelos: ética profissional e justiça processual (Judith Resnik); independência e responsabilidade de juizes e advogados (Nicola Pricardi e Shimon Shetreet); finalidade dos Conselhos Superiores da Magistratura, símbolo de tendências evolutivas mais gerais; responsabilidade legal dos juizes, e pública, controles informais sociais e profissionais; profissão e carreira dos juizes, nomeação, quantidade, remuneração e **status** social). Carpi e Di Frederico, com relatório de Lagrasta Neto, cuidaram da educação e treinamento dos juizes, isto é, formação universitária, treinamento profissional, recrutamento profissional e burocrático, aperfeiçoamento permanente. Henrik Lindblom e Garry D. Watson, sendo relator Barbi, cuidaram do julgamento das questões complexas (*complex litigations*), próprias dos norte-americanos mas com tendência ao surgimento em outros países (grandes desastres, distribuição de produtos danosos, questões ambientais). Também trataram das *group actions*, *organization actions* e *class actions*.

⁷ Do Relatório consta que foram recebidos trabalhos dos representantes seguintes: I - *Common law* - James J. Alfini e Linda J. J. Griffiths (USA), N. H. Andrews (Grã-Bretanha), I. D. Macphail (Escócia), Graham D. S. Taylor (Nova Zelândia). II - *Jus Civile Continental* - Hans W. Fasching (Áustria), Mark van Hoecke (Bélgica), Konstantinos Kerameus (Grécia), Carlos de Miguel (Espanha), Jacques Normand (França), Ergun Ozsunay (Turquia), Walter A. Stoffel e Fabienne Hohl (Suíça), Rolf Sturmer, Astrid Stadler e Heinrich Nagel (Alemanha), Nicolo Trocker (Itália), Alexandre Pessoa e Miguel Teixeira de Souza (Portugal). III - Europa Central e Oriental - Mihajlo Kika e Alan Uzelac (Iugoslávia), Tadeus Erecinski (Polônia), A. Winterova (Checoslováquia). IV - *América Latina* - Roberto O. Berizonce (Argentina), Jorge Fabrega (Panamá), Galeno Lacerda (Brasil), Enrique Vescovi (Uruguai). V- África e Oriente Próximo - Azmy Abdel Fattah Ateia (Egito), A.C. Cilliers, W. Le R. de Vos e D. E. e Van Loggerenberg (África do Sul), Stephen Goldstein (Israel). VI - Países Escandinavos - Irma Lager (Finlândia), Henry jonh Maeland (Noruega), Eva Smith (Dinamarca), Krister Thelin, Gunnar Bergholz e Lars-Göran Abelson (Suécia), Thor Vilhjalmsson (Islândia). VII - Ásia - K. B. Agrawal (Índia), Moon-Hyuck Ho (Coreia). VIII - Cortes Internacionais - Walter Van Gerven e L. Roeges (Luxemburgo), F. Matscher (Strasbourg).

causa seja diminuída e tenha deslinde eficaz; (2) que o juiz possa vir a ser o *executivo* de que a Justiça necessita. O critério (2) foi inicialmente qualificado como *case flow management*, de **Graham D. S.Taylor**, que examinaremos mais de espaço.

Para a maioria dos relatores, o juiz tem papel marcante quando diz o direito para as partes litigantes - no microp processo - e para a sociedade como um todo — no macrop processo -, e este último devido à divulgação das decisões através de publicações especializadas, naquilo em que essas decisões propendem, deliberadamente, para o aperfeiçoamento das instituições, **pari passu** com as atividades dos outros Poderes do Estado⁸.

Causas próximas e remotas do ativismo judicial

O representante grego **Konstantinos Kerameus**⁹, associado ao pensamento de **Cappelletti**¹⁰, destacou o incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, para *balanceamento* do sistema; ou ainda, conforme expressou **Goldstein**¹¹, devido à insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder. Em Israel verifica-se, por isso mesmo, o fenômeno crescente da substituição das soluções administrativas ou legislativas por soluções judiciais.

Essa atuação do Judiciário foi elevada à categoria de ativismo judicial, tal como a estudaram os juristas holandeses e belgas na obra intitulada *Justice and efficiency*: o *ativismo* seria o resultado da evolução social, política e cultural de nossa época, dado que o *processo* tem sido sempre o reflexo das sociedades em certos períodos. Permitiu-se

⁸ **Erecinski**, nova legislação processual na Polônia (20.12.1989); Maatz, resultados do reencontro de juizes alemães e soviéticos em 1991 (Relatório, p. 408, I (1)).

⁹ " *The equivalent distribution of power between the judiciary and the other branches of Government, combined with a deliberate propensiveness to influence societal developments*".

¹⁰ The Law Making Power..., in The Judicial Process, cit.

¹¹ " *The everincreasing powers of the Legislative and Executive branches justify, indeed demand, a parallel growth of the Judicial Power to preserve a balanced system*".

constatar que em muitos países o *ativismo* já é realidade, principalmente naqueles em que se adota o princípio dispositivo aperfeiçoado.

O representante dinamarquês, no IX Congresso, de Portugal, salientou os riscos inerentes ao sistema processual em que o juiz apenas preside os trabalhos forenses, visualização estreita do seu papel no processo. O *ativismo* permitiria, ainda, harmonizar os diferentes ramos do processo em cada país (administrativo, fiscal, penal, disciplinar, social e comercial).

O juiz ativo e o juiz ativista

Faz-se distinção entre o *juiz ativo* e o *juiz ativista*, numa tentativa de conceituação do *ativismo* atribuída a **Roberto C. Berizonce**:

o juiz que pronuncia suas decisões e cumpre os seus deveres funcionais com diligência e dentro dos prazos legais pode ser considerado *ativo*; será *ativista* se, ademais disto, e a partir de uma visão progressista, evolutiva e reformadora, souber interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor.

Menknecht e **Verschool**¹² abordaram o tema no Congresso de Utrecht, em trabalho já citado. **E. Vescovi**¹³, baseado na classificação de **François Ost**, destacou o juiz como *engenheiro social*, ao lado do legislador e do jurista, chamados, todos, por **Van Caenegem**¹⁴, de os *senhores do direito*. **Cox**¹⁵, ativista extremado citado por **Alfini** e **Griffits**, chegou ao ponto de apregoar uma *justiça alternativa*, fora das limitações políticas do direito e de acordo com o discernimento do juiz.

¹² *Justice and efficiency*, Deventer, 1989 - Relatório.

¹³ **Apud F. Ost**, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelas, 1983, p. 1 e s. **Ost** classificou: o juiz que evita o conflito, resolve o conflito e modifica situações.

¹⁴ *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge, 1987, trad. it., Milano, 1991: *I signori del diritto*.

¹⁵ *The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?* MD. *Law Revue*, 118, 121-122, 1987 - Relatório.

Maeland¹⁶ diz que o legislador está deixando aos tribunais a solução de certos problemas que lhe sejam mais afeiçoados pela prática diuturna ("*is*) *leaving it to the Courts, through their practice, to find solutions to the problems in line with the developments and requirements of the society*").

Stürner e **Stadler**¹⁷ pregam que cada julgamento do juiz ativista passa a ser considerado como um marco na evolução do direito, seja no microcosmo das partes, seja no macrocosmo do processo que interessa à sociedade como um todo.

Normand¹⁸, entre outros, fala do grande impulso mundial em direção a um ativismo judicial sem precedentes. **Héctor Fix-Zamudio**¹⁹ ensina que existe uma forte tendência, nos ordenamentos processuais do nosso tempo, no sentido da outorga de amplas condições ao julgador, a fim de que exerça uma função ativista.

O ativismo no Judiciário norte-americano

Segundo **Vincent Blasi**²⁰, o ativismo judicial tem estado no centro do discurso constitucional norte-americano pelo menos há meio século. O autor considera a abordagem ativista do exame judicial como verdadeiro contra-estímulo à *contenção* dos Juízes, o *self restraint* de que fala **Cox**.

Certas decisões judiciais podem pretender beneficiar o sistema através do desenvolvimento de situações jurídicas e ajudar a moldar padrões judiciais de impacto social ou político, muitas vezes sem deferência para com os demais Poderes, como aconteceu quando a Corte

¹⁶ **H.J. Maeland**, p. 13. Também **Demôgue**.

¹⁷ Relatório.

¹⁸ **J. Normand**.

¹⁹ *Los Problemas Contemporâneos del Poder Judicial*, cit., pp. 41-2, Relatório.

²⁰ A Corte Suprema, instrumento de mudança, trad. do inglês Elcio Gomes Teixeira, RDP, 79:5 e s. (**Blasi** é professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colúmbia, NY).

Suprema, formada por uma pequena maioria proveniente da aristocracia sulista, anulou trezentas e setenta e sete leis de índole intervencionista num curto período de cinco anos²¹.

O papel das cortes de Warren e Burger

Blasi destaca a disposição ativista das Cortes do passado quando decretavam a inconstitucionalidade da lei. Hoje, diz ele, dificilmente será controvertido, em termos de teoria política, a Corte Suprema invalidar uma lei ou uma atuação estatal, a fim de defender valores nacionais. Em dezesseis anos a Corte de Warren invalidou dezenove disposições de leis federais. Em seus primeiros quinze anos, a Corte de Burger invalidou trinta. Outro indicador do ativismo judicial norte-americano seria a disposição da Corte de assumir papel proeminente na solução de crises constitucionais, aquelas raras disputas que sacodem o organismo político até os alicerces.

Os riscos da “contenção judicial”

Teóricos da *contenção judicial* apregoam que as Cortes precisam ser especialmente cuidadosas nas situações de crise, quando as controvérsias somente deveriam ser resolvidas pelos outros dois Poderes,

²¹ Algumas vezes o ativismo do juiz é negativo. **Marcus Cláudio Acquaviva** (O Surgimento do Estado Intervencionista e a Função Executiva do Estado Moderno, FMU-Direito, n. 1, p. 56, 1986) comenta que juízes conservadores prevaleceram em decisões tomadas pela Corte Suprema norte-americana por maioria precária de cinco contra quatro votos, passando tais julgamentos a ser chamados de *five to four* e censurados por Budin, em panfleto intitulado *Government by Judiciary*. O Juiz Fabiano Corrêa (Administração da Justiça e Responsabilidade Civil, Revista de Informação Legislativa, n. 83, 1984) também comentou que, em certas situações os tribunais, especialmente as Cortes Supremas, embora busquem no campo do Direito as razões de decidir, costumam, com grande proveito para o bem comum, outras desastrosamente, tomar posições nitidamente políticas. Cita, como lamentável, a decisão da Suprema Corte norte-americana, ao proclamar a escravidão uma instituição *sacrossanta*. Se não o tivesse feito, talvez houvesse poupado à nação os horrores da Guerra de Secessão. Segundo **Edgar Bodenheimer** (Ciência do Direito, *apud* Corrêa, pp. 370 e s.), as Cortes inglesas, quando, nos primórdios do século XIX, negavam indenizações por acidentes do trabalho, faziam-no “para não prejudicar o florescente desenvolvimento industrial do país”.

diretamente responsáveis perante o eleitorado. Mas a Corte de Warren não aceitou o critério do precedente como elemento de contenção judicial nas decisões sobre integração escolar e chegou a participar da disputa sobre a legalidade da Guerra do Vietnã. Por seu turno, o ativismo judicial da Corte de Burger foi altamente significativo na controvérsia de *Watergate*. Se o caso tivesse tido tramitação normal, o processo de *impeachment* contra Richard Nixon consumir-se-ia como um desastre para o sistema, antes que a Corte pudesse decidir sobre as reivindicações de privilégio do Executivo, apresentadas por Nixon. Nesse caso, a Corte agiu com presteza e por iniciativa própria, arriscando no processo grande parte de sua estatuta institucional, se Nixon se recusasse a atender à ordem de entregar as fitas. O caso EEUU **vs.** Nixon é exemplo bem sucedido de ativismo judicial, de tal modo que ainda será citado por muito tempo como decisão judicial bem sucedida e que beneficiou uma democracia^{21ª}.

As vantagens do ativismo: ainda o caso EEUU vs. Richard Nixon

^{21ª} Os defensores da *contenção judicial* exaltam o risco das tensões e impasses capazes de quebrar o equilíbrio entre os Poderes. Mas, para alguns, o que transparece, às vezes, por trás da contenção, é mais preocupação de índole política do que jurídica; ou quando se pretende facilitar o estabelecimento de precedentes contra a avalanche de certas ações que, se bem-sucedidas, podem acarretar ao Erário sobrecarga tamanha que este talvez não esteja em condições de suportar. Essas decisões quase sempre são proferidas com proveito para o chamado bem comum ou interesse público. Todavia, pelos exemplos da História, as tensões e os impasses são criados de parte a parte. O governo ditatorial anulou, drasticamente, por simples decretos-leis, várias decisões do STF (RTJ, 55:208). Recentemente, o STF teve projeto de lei do seu interesse e da classe vetado pelo Chefe do Poder Executivo. O desmerecimento teria afetado o princípio das *imunidades recíprocas*, de que falou Rui (cf. **Homero Pires**, Comentário a Constituição Federal, v. 1, p. 346) e poderia ter gerado grave tensão institucional, bastando fosse o STF acionado em face do art. 102,1, **n**, da Constituição. Assim ocorreu na Corte de Burger, no caso da inflação e dos vencimentos dos juizes americanos. E Roosevelt chegou a patrocinar contra a Suprema Corte a nomeação de um juiz para cada membro que tivesse mais de setenta anos, a fim de assegurar a continuidade do *New Deal*, bloqueado pelo conservadorismo da Corte. Mas para a Corte também seria simples agir, conforme resumiu o Juiz Darlan: “se não gostamos dum ato do Congresso, não temos muita dificuldade em achar fundamentos para declará-lo inconstitucional” (**José Sarney**, A Grande Missão do Supremo Tribunal Federal, Senado Federal, 18.4.1991, pp. 31-4).

Outro teste do ativismo judicial norte-americano poderia ser o grau de amplitude das questões para as quais a Corte está disposta a desenvolver padrões constitucionais que ajudem a moldar o panorama político. A Corte Warren teve grande influência sobre as liberdades civis, porém fez menos do que muitas das suas antecessoras, incluindo a Corte de Burger, para interferir na estrutura do regime, inclusive quanto à *separação dos Poderes*.

Este foi sempre um dos pontos problemáticos na atuação ativista do juiz norte-americano.

O caso citado (EUA **vs.** Nixon) funcionou, porém, como paradigma do desenvolvimento de controles constitucionais contra a possibilidade de governantes com pendores absolutistas, como acontece algumas vezes em regimes presidencialistas.

Essa atuação não se fez notar apenas em relação ao Executivo, mas também nos casos em que foi preciso impor limites ao poder do Congresso norte-americano, de regular o comércio ou de criar tributos e até mesmo de introduzir normas no âmbito do processo eleitoral²².

²² **Aliomar Baleeiro** (Uma Nova Estrutura do Judiciário Brasileiro, RBDP), tratando da competência constitucional do STF advertiu para a necessidade da interpretação construtiva, que supre lacunas, freia inovações inoportunas do legislador afoito, pisa o acelerador do Congresso omissor, lerdo ou tímido. Enfim, completa a Constituição. Já havia eu escrito a propósito (Transição, Brasília, TFR, 1988), que na fase institucional contemporânea à Constituinte (1988), o Legislativo estava em desrecalque pela frustração de tantos anos, necessidade quase fisiológica de ocupação de espaços vitais em todos os setores da vida nacional, até mesmo em áreas privativas dos demais Poderes. Embora exagerada a previsão de alguns sobre uma possível tomada do poder pela Constituinte (estava em voga o livreto de **Jan Kosak**, denominado O Assalto ao Parlamento ou a Tomada do Poder pela Constituinte, na Tchecoslováquia, trad. Vicente Barreto), o fato é que disso resultou uma Constituição que praticamente inviabilizou a governabilidade do País, causando entrechoques entre o Executivo e o Legislativo, que somente o STF pôde aplinar. A recente disputa em torno da atualização das aposentadorias previdenciárias e quanto ao cumprimento de decisões judiciais a respeito levou a sério atrito entre o Legislativo e o Executivo, envolvendo a Constituição (art. 100; e ADCT, art. 33). O Executivo recusa-se a reconhecer o reajuste nos índices pretendidos (147%). E para conter o cumprimento das decisões judiciais concessivas, alegando falta de recursos editou o Decreto n° 430, de 20.01.1992, com que regulamentou a Lei n° 197/91 (art. 4°) e diferiu os pagamentos a precatórios à conta

Montesquieu e a fórmula de controle do poder

Embora embasado na fórmula habilidosa de Montesquieu, de dividir o Poder para melhor controlá-lo, o sistema norte-americano chegou à realidade de que a solução tripartida, se útil no passado, vem-se revelando insatisfatória no presente, salvo nos regimes parlamentaristas, em que a solução quadripartida é inconteste e estabilizadora das nações desenvolvidas.

Escreve ainda **Blasi** que os magistrados moderados e pragmáticos podem até manter o equilíbrio do Poder, mas não são capazes de fazer escolhas fundamentais. Como resultado, a sua produção jurisprudencial, aproveitável embora, nada apresenta da qualidade geradora e da força moral dos magistrados ativistas, que transcendem de decisões ideológicas e moldam idéias básicas localizadas no centro das disputas políticas.

Estudo do ativismo judicial no Brasil

No Brasil, o ativismo do juiz tem sido estudado com a mesma seriedade dispensada ao estudo do Direito Processual, ramo das leis mais rente à vida e pelo qual se poderiam até classificar os povos²³. Não o importamos como produto acabado, nem o seu *know how*, mas apenas a base científica sobre a qual os nossos estudiosos trabalham com

dos créditos respectivos. O Legislativo retrucou com o Decreto Legislativo nº 3, de 1992, para sustar a execução do regulamento. O STF limitou-se a proferir decisões deliberatórias sobre o assunto, embora pudesse ter resolvido, desde logo, o mérito da questão para evitar o conflito, tanto mais porque o incidente tem servido de pretexto para o retardamento da votação, no Congresso, de projetos inadiáveis e de real importância ao desenvolvimento nacional, dada a radicalização das facções partidárias de oposição. São vários os processos já chegados ao STF sobre o assunto, como as ADIns nº 670, 671, 675 (esta examinada provisoriamente, mas apenas em parte) e 674.

²³ **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, Prólogo, p. XV.

independência de pensamento, embora comprometidos com reflexões e experiências alheias²⁴.

O nosso Código de Processo Civil é repositório científico válido, com institutos recebidos, é certo, mas já constituindo direito de um povo²⁵, por mais integrado que esteja esse povo em certas áreas alienígenas de cultura²⁶.

A infra-estrutura judiciária é, porém, arcaica, porque ainda apegada ao formalismo de **Hans Kelsen** e de **Wilhelm Sauer**²⁷, que não prima pelo sentido e escopo do Direito Processual independente daquilo que as partes têm em vista, acima do intuito de pacificação e pela realização do direito como finalidade principal.

Somos vítimas da concepção de uma Justiça até agora de mãos cruzadas, concebida sob a inspiração de **Hellwig**²⁸, embora com razoáveis perspectivas, no entender de **Galeno Lacerda**²⁹.

²⁴ **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, p. XLVII.

²⁵ Veja-se, por exemplo, o art. 462 do CPC, que dispõe sobre direito superveniente à propositura da ação. Consta do Relatório do IX Congresso que nenhum Código foi tão longe quanto o brasileiro nessa matéria (*"il se peta aussi que depuis l'introduction de l'instance de nouveaux faits, que pourraient influencer le jugement, surgissent. Quoique l'on admette une certaine souplesse (4) aucun Code ne va aussi loin que le Code brésilien qui en son article 462 déclare que le juge peut même d'office tenir compte de ces nouveaux faits (5)"*). "As partes podem invocar fatos novos supervenientes ou descobertos após a instauração da instância" (**V. Fettweis**, *Manuel de Procédure Civile*, 2. ed., Liège, 1987, n° 73 e 74, pp. 90-1). A concordância das partes é exigida no Direito dinamarquês (**Smith**, p. 13 - Relatório, p. 431 (5)).

²⁶ **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, p. L.

²⁷ **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, p. XXI.

²⁸ **Evandro Gueiros Leite**, A Emenda n° 2/85 (RISTF) e a boa razão, *Revista dos Advogados de São Paulo*, 26: 31 e s.

²⁹ O Juiz e a Justiça no Brasil, pp. 69-70. O autor ressalta dispositivos do nosso CPC que constituem normas de *sobredireito processual*. São preceitos revolucionários a ponto de arredarem dogmas conservadores consagrados e imutáveis, rasgando horizontes "tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em mundo novo e desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante".

Sobre a nossa infra-estrutura judiciária, o autor condiciona-a à insuficiência do número de juizes, grande volume de feitos e escassez de recursos (p. 71). São deficiências materiais que já contrastam com as inovações da Constituição de 1988, que libertam a Justiça do individualismo jurídico arcaico, através de sentenças normativas. O autor parece satisfeito com o critério de recrutamento dos nossos juizes pelo concurso de títulos e de provas, por ser severo e a seleção rigorosa (p. 53, item 3), o que certamente não satisfaz em matéria de ativismo, no pertinente à preparação e à formação dos

Ainda a doutrina da separação dos poderes

A tais dificuldades alia-se a rígida doutrina da separação dos Poderes, como se estes não fossem, afinal, simples prolongamentos do poder do Estado. Mas o Judiciário, no desempenho de sua missão moderna, pode praticar atos que vão desde a sentença clássica (individual) até atos propriamente legislativos, no seguinte escalonamento: sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase-legislativos e atos plenamente legislativos^{30, 31 e32}.

Atualmente sustenta-se que os Poderes somente se definem sob o ponto de vista formal ou orgânico, pela estruturação e competência que lhes tenha dado determinada organização constitucional.

candidatos, que se farão através de Escolas e Cursos (*"cet activisme pose néamoins à nouveau dans toute son acuité le problème de la sélection des juges (omissis). Le problème de la sélection a fait l'objei d'un rapport général a Gent (4) (omissis)"*). Cf. Relatório, p. 490 (5). Embora o concurso permaneça, deverá prescindir da simples memorização dos temas, substituindo-a em sua grande parte pelo conhecimento e capacidade de análise.

³⁰ **Evandro Gueiros Leite**, A Emenda nº 2/85... Revista dos Advogados de São Paulo, cit., p. 30, n. 10; **Nelson de Souza Sampaio**, O STF e a Nova Fisionomia do Judiciário, RDP, 75:8, 1985. Trata-se de mecanismo interventivo como forma de limitar, equilibrar o exercício dos Poderes (**Castro**, A Necessidade de Controle..., OAB, cit., p. 157). **Antonio Brancaccio** (Discurso, **apud** Ministro Pádua Ribeiro, A Modernização da Justiça Federal no Brasil: o seu Alcance Social, São Paulo, 22.07.1989, p. 35) também valoriza esse mecanismo interventivo, quando ensina que se deve deixar "um pouco de lado a tripartição de **Montesquieu**" e buscar um justo equilíbrio, dentro de uma escolha de liberdade menos de caráter ideológico do que cultural.

³¹ Emenda aditiva á Constituição, não acolhida, do Senador José Ignácio, pertinente à substituição, em certos casos, da sentença norma individual pela sentença normativa.

³² **Paulo de Figueiredo**, Revista de Informação Legislativa, 31:75, 1964 - Os fatos vieram demonstrar que "o ciclo da teoria de **Montesquieu** estava encerrado e que tempos novos exigiam para o problema novo tratamento...". A verdade é que a linha de separação entre os Poderes tornou-se cada vez mais tênue, tanto que nas atribuições muitas vezes se confundem. É questão apenas de bem ordenar essa combinação de forças, de modo a que não haja hipertrofia. O Poder Legislativo instaura comissões parlamentares de inquérito, aprova tratados, embaixadores, ministros de tribunais superiores. Elabora leis interpretativas, concede anistia e faz julgamentos políticos. O Poder Executivo tem atribuições legislativas: iniciativa de leis, sanção ou veto, poder regulamentar, medidas provisórias. Também julga administrativamente e perdoa. O Poder Judiciário age na esfera legislativa no controle da constitucionalidade das leis e vai até a formulação da norma em hipótese, pelo mandado de injunção (pp. 78-9).

É bom lembrar que no art. 119, § 1º, da CF/67-69, se outorgou competência ao STF para legislar sobre processo no regimento interno, dando lugar a uma competência concorrente ou paralela

(Cappelletti: why should not the courts be or have the potential for being, the best possible legislators in the determination and constant adaptation of the technical rules of procedure wich they have routinely to deal? - Relatório, pp. 487-8 (1)).

O ativismo no STF e no antigo TFR: amostragem

Não há no Brasil ativismo judicial com foros de cidade, que se revela apenas em julgamentos ocasionais³³.

³³ **Galeno Lacerda** acha que já estamos atingindo o verdadeiro estágio do ativismo positivo. Ele enaltece o papel do juiz na sociedade brasileira e fala de sua independência e do prestígio que goza (p. 54). O papel do nosso juiz, diz ele, é criador, embora controlado por um maior conservadorismo dos tribunais superiores. Salienta o apelo à equidade e à Justiça em concreto (com o afastamento da *literalidade*), como instrumentos nas mãos do juiz, que pacifica conflitos com a mais alta eficiência, realizando verdadeira obra de engenharia social (p. 55), idealização de **Van Caenegem** em trabalho referido no Congresso (*Judges, Legislators and Professors* - Relatório, p. 419 (1)).

O autor salienta o enorme poder de ofício do nosso juiz para a busca da verdade real, mesmo nos processos dispositivos. Para ele se firmou no Brasil a doutrina de que a função cautelar do juiz é permanente, imanente e concomitante às demais funções jurisdicionais (p. 58) e algumas vezes até mesmo de cunho discricionário (p. 59). O juiz brasileiro pode terminar o processo com ou sem julgamento de mérito; pode controlar a constitucionalidade das leis; pode preencher lacunas legais ou regulamentares. Fala da inovação trazida pela Constituição vigente e que consiste na outorga de legitimação processual ativa aos entes coletivos, rompendo com o individualismo jurídico que vem dominando a séculos a Ciência do Direito. Conseqüências dessa inovação seriam as sentenças normativas fora do âmbito da Justiça do Trabalho. Assim, a atividade do juiz pátrio revela-se verdadeiramente criadora do direito material, assumindo grande importância em outras áreas de natureza política e social. O juiz brasileiro, continua ele, tem ainda poderes *antiformalistas*, graças ao nosso CPC, que contém preceitos *relativizantes das nulidades* (arts. 244, 249, § 1ª, 250, parágrafo único, 154), avançando através da *atendibilidade dos fatos jurídicos supervenientes* (art. 462). **Galeno Lacerda** informa haver lançado, ainda em 1983, a idéia do sobredireito processual, constituído por normas superiores, esse conjunto de regras que dispõem sobre a incidência e aplicação de outras regras, as quais eliminam os excessos e abusos do formalismo processual. "A verdade, conclui ele, é que o juiz, no Brasil, exerce com plena eficiência aceitação política e social, papel proeminente na criação do Direito em concreto, através de um *ativismo positivo*, dentro do sistema constitucional vigente" (p. 71).

O relatório de **Galeno Lacerda** foi bem recebido no IX Congresso, no tocante à idéia do *sobredireito processual* como instrumento da atuação do juiz ligada ao ativismo judicial. Aqui no Brasil, além de **Pontes de Miranda**, por ele citado e que difundiu conceito de **Zitelmann** para definir normas de Direito Internacional Privado, também cuidamos do

Senão vejamos.

O antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR) opôs-se, em votos isolados e também por decisões cheias, ao monopólio postal³⁴, à censura prévia³⁵, à prisão administrativa³⁶, à assistência médica previdenciária gratuita³⁷. Foi favorável à previdência rural³⁸, à defesa, em inquérito judicial, do trabalhador estável optante pelo FGTS sob ameaça de rescisão contratual ao nuto administrativo³⁹, à irredutibilidade dos vencimentos da magistratura devido à inflação⁴⁰, à manutenção da pensão previdenciária da viúva que se recusa. Neste último caso, a decisão do

assunto, em 1963, em tese de concurso na qual destacamos o art. 1.049 do CPC de 1939 como norma de *superdireito*, ou seja, norma processual superior que elimina os efeitos da inobservância de dispositivos legais inferiores (cf. Conflitos Intercontextuais de Processo -Prevalência das Normas Processuais Genéricas, pp. 83-90).

34 Caso Epatil do ABC **vs.** Empresa de Correios e Telégrafos. A prevalência do monopólio postal levou o País, várias vezes, à paralisação das comunicações devido às greves consecutivas, em grande parte políticas, pois algumas estatais são sabidamente controladas por lideranças sindicais extremadas. A Constituição estendeu aos servidores desses entes o direito de greve (art. 37, VII), que passou a ser exercitado sem regulamentação e atingiu atividades consideradas essenciais.

35 Posição definida quanto às limitações impostas pelo Estado às manifestações do pensamento, prelibando a sua eliminação ou o seu temperamento (CR, arts. 5º, IX, e 200). (Cf. A Censura e a Jurisprudência no TFR, 2ª ed., 1988, separata da Revista do TFR).

36 Posição contrária à prisão administrativa, reputada inconstitucional por grande parte dos seus juizes (CF/67-69, art. 153, §§ 17 e 12) e que veio a ser consagrada na CF/88, art. 5º, LXI e LXVII.

37 Constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81, que dispunha sobre o pagamento, pelos aposentados e pensionistas em geral, de contribuições para o custeio de assistência médica, em alíquotas menores. Essa decisão poderia ter evitado o colapso dos serviços médicos, se o Governo não houvesse repristinado a isenção total (Lei nº 7.485/86, art. 1º). Atualmente se pretende substituir a contribuição por imposto e limitar a gratuidade a dez salários mínimos.

38 Direito da viúva do rurícola pré-morto a uma pensão social de meio salário mínimo, mesmo se o óbito tivesse ocorrido anteriormente à lei, comprovada a miserabilidade da beneficiária. O STF derrogou essa jurisprudência pela via do RE, ao argumento da falta de custeio. E sumulou a matéria por voto de desempate (Súmula nº 613).

39 Reconhecimento ao empregado estável optante pelo FGTS do direito a inquérito judicial para fins de despedida, muito embora o STF restringisse, nesses casos, a abrangência do direito de defesa, que se prometia no art. 153, § 15, da CF/67-69: ao *acusado* só em processo penal (RE nº 78.687/PE, Pleno, 1974). A orientação do TFR veio desaguar no atual art. 5º, LV, da CR, onde está assegurada a ampla defesa dos acusados em geral (cf., do autor, Despedida de Empregado Estável Optante pelo FGTS. Direito de Defesa, LTr., n. 7, 1987).

40 Decisão sobre a prerrogativa constitucional da irredutibilidade dos vencimentos da magistratura (CF/67-69, art. 113, III), ameaçada pela inflação, porque o Governo não aplicava os índices da correção integral. O Executivo legislava por decretos-leis periódicos, subtraindo a matéria ao exame do Legislativo e impondo essa legislação ao Judiciário. O STF não admitiu, contudo, a orientação do TFR (RTJ, 110:1217).

TFR deu lugar a projeto de reformulação legislativa do art. 39, **b**, da Lei nº 3.807/60. Esse texto fomentava o concubinato, contrariamente à Constituição (“a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” - CF/67-69, art. 175). O projeto de lei foi do Deputado Francisco Dias e tomou o nº 3.057/84.

O Supremo Tribunal Federal (STF) recomenda-se como Corte ativista ao decidir os casos de ingresso de mercadorias, ou bens pessoais, no País, sem licença prévia, que os Juízes vinham permitindo com apoio no art. 142 da Constituição de 1946. A luta conjunta da Procuradoria Geral da República contra essas importações possibilitou, a médio prazo, a implantação da indústria automobilística nacional⁴¹.

Também decidiu o STF, de forma significativamente ativista, os casos de *representação* para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, ao admitir pedidos de concessão liminar. A coisa julgada na representação tornava a exegese vinculativa, confundindo-se jurisdição e legislação. O STF passou a ter função legiferante positiva nas

⁴¹ Os automóveis eram adquiridos em grande número por pessoas que viajavam ao estrangeiro, quase sempre financiados por comerciantes de veículos mediante vantagem pecuniária. No retorno ao Brasil, os carros eram liberados nas alfândegas por decisões liminares em mandados de segurança e ações possessórias. O TFR mantinha as liberações, uma vez garantida a instância. A matéria começou a subir ao STF em grau de recurso extraordinário. Não se questionava o ingresso constitucionalmente permitido, mas se pretendia limitar esse ingresso de acordo com algumas exigências, como a prova de permanência do viajante no exterior por certo período de tempo. Como essa exigência geralmente não era satisfeita, o STF passou a conhecer dos recursos e a decidir matéria de fato. Provido o recurso, mesmo sem a publicação do acórdão e a desconstituição formal da decisão recorrida, expedia-se ofício diretamente à autoridade policial, para a apreensão dos veículos em poder de terceiros adquirentes a título oneroso e de boa-fé. Contra tais apreensões eram concedidos mandados de segurança. O inconformismo do STF deu lugar à criação, no seu RI, mesmo sem previsão constitucional, da *reclamação* como meio e modo de garantir a autoridade de suas decisões. O reclamado era o magistrado que concedera a medida liberatória. Ao relator da *reclamação* foi atribuída a cautela da suspensão do curso do processo ou a avocação dos autos. O juízo final de procedência era a cassação da decisão reclamada por exorbitante do julgado superior. Essa conduta do STF foi severamente criticada por **Pontes de Miranda, Francisco Campos, Eduardo Espínola, Vicente Ráo, Sampaio Dória, Dario de Almeida Magalhães e Nehemias Gueiros**, pelos seguintes motivos principais: a) invasão da esfera de competência do Legislativo; b) transformação do acórdão em regra com força de lei num país do **jus civile**; c) desrespeito à autonomia da jurisdição local; d) incursão inconstitucional na esfera do TFR (cf. **Nehemias Gueiros e Dario de Almeida Magalhães**, Grandeza e Limitações do Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro, Freitas Bastos).

esferas federal e estadual, porque a interpretação em tese não provocava a nulidade ou a cassação da lei, como nos casos de inconstitucionalidade⁴².

Galeno Lacerda comenta que novos horizontes, revolucionários e perturbadores de conceitos aparentemente estratificados a respeito da Federação e dos Poderes do Estado, foram rasgados.

A concessão das cautelares sobreveio, também, nas *representações* contra atos acoimados de inconstitucionalidade⁴³, questionando-se o problema da cognição abstrata com inteiro desconhecimento de eventuais direitos subjetivos envolvidos.

Os Ministros Thompson Flores, Rodrigues Alkimin e Leitão de Abreu, entre outros, acharam que as decisões do STF não deveriam ser meramente platônicas nesses casos, isto é, sem qualquer finalidade, enquanto o Senado Federal não suspendesse os efeitos da norma declarada inconstitucional. A maioria admitia a existência de um poder de cautela geral, inerente ao exercício da função jurisdicional. Nenhum juiz deveria proferir sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não devia produzir os seus efeitos. O Judiciário poderá resguardar prováveis danos futuros, se adiantar-se na prestação final e mantiver o

⁴² **Galeno Lacerda**, Comentários ao CPC, 1º ed., 1980, v. 8, tít. 1, pp. 77 e s. - O autor, que escreveu sobre esse assunto no texto apresentado ao IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, de Portugal, mostrou-se, contudo, contrário ao uso do mandado de injunção. Ele destaca a desnecessidade do *writ*, porque o STF já vinha suprimindo as omissões do poder regulamentar da Administração e aplicando a lei ao caso concreto (Comentários, cit., v. 8, p. 64; RTJ, 75:909 e 66:488). Para ele, também haveria o risco de invasão, pelo Judiciário, da competência do Legislativo. E, ademais, da concretização do direito do impetrante em áreas de competência estranhas ao órgão julgador do MI. O autor exemplifica o suprimento judicial apenas quando a falta de regulamentação decorre da omissão do Executivo. Quanto ao suprimento da omissão em face da mora legislativa, a sua opinião parece haver-se modificado a partir dos seus comentários ao CPC mais evoluído até o texto que apresentou no IX Congresso mais *contido*. A última dificuldade estaria resolvida, a nosso ver, no art. 15 do Projeto do Deputado Luiz Clerot, onde se lê que, se a decisão produzir efeitos patrimoniais decorrentes de reparações de natureza econômica, a apuração se fará na via judicial própria, após o trânsito em julgado do acórdão do tribunal, que houver: a) declarado a omissão legislativa; b) formulado a norma para a espécie; e c) e assegurado o direito ou interesse do impetrante nas condições em que possa ser exercido.

⁴³ Representações n. 466, 467 e 933; RTJ, 23:1 e DJ de 16 nov. 1962, pp. 621 e s.

statu quo ante, obstando que a lei, tida por enferma, seja mesmo assim executada. Caberia ao STF, na opinião do Ministro Thompson Flores, lançar as bases da construção jurídico-constitucional, “quicá uma das mais altas funções do STF”⁴⁴.

O STF como “cabo da âncora” do sistema

Despido em parte de sua antiga competência, perdeu o STF a identidade que mantinha com a Corte Suprema norte-americana, porque deixou de ser o árbitro da uniformidade da lei federal (CR, art. 105, III, **a**, **b** e **c**). Continuando como tribunal constitucional, está na posição de *cabo da âncora* do sistema político, de que falou **Ellis Katz**⁴⁵, referindo-se à Constituição do seu país.

Uma possível contenção da Corte⁴⁶, ao sabor das oscilações que decorram de sua composição, poderá levar à falência certos institutos novos, como o *mandado de injunção*, que os Constituintes de 1988 fizeram introduzir no sistema jurídico brasileiro.

Sendo de índole mandamental, o *writ* põe a descoberto o objetivo do legislador, de enfatizar o comando e a determinação da decisão judicial, não como se fosse mera recomendação à autoridade competente, do Legislativo ou do Executivo, para a edição da norma regulamentadora, mas a fim de que o faça no prazo assinado, sob pena de, caracterizada a mora legislativa ou regulamentar, ser suprida judicialmente, nos casos concretos.

⁴⁴ **Galeno Lacerda**, Comentários, cit., p. 86.

⁴⁵ Aspectos Legais e Judiciais do Federalismo Americano, RDP, 64:103: “Estou sugerindo - disse ele - que a Constituição continua a servir de âncora do sistema político norte - americano. (**Omissis**.) A Suprema Corte, é claro, é o cabo da âncora, permitindo que a política americana derive com a maré da opinião, sem nunca ficar solta”.

⁴⁶ **Blasi** diz que os magistrados contidos determinam como os casos devam ser apresentados, mas não quais as importantes idéias novas que deles possam emergir. Eles não geram o crescimento de princípios ou institutos constitucionais (A Corte Suprema.... RDP, cit., p. 11).

O STF e o mandado de injunção: “norma de recomendação”?

O STF, nas primeiras decisões, equiparou o MI à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CR, art. 103, § 2º)⁴⁷. O objeto do julgamento no MI 107 cresceu em torno de questão de ordem sobre a auto-aplicabilidade do *writ*, mas a Corte logo decidiu, também, que a Constituição não é expressa no dizer que cabe ao Judiciário suprir a omissão da norma regulamentadora, para legislar ainda que provisoriamente⁴⁸.

Em outro julgamento, a Corte foi direta no dizer que “o mandado de injunção não autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado (**omissis**)”⁴⁹.

Posteriormente mudou de orientação, quando o Ministro Sepúlveda Pertence admitiu haver deixado

⁴⁷ CR, art. 5º, LXXI; sobre competência, no STF - arts. 102, I, **q**, II, **a**; no STJ - art. 105, I, **h**; em matéria eleitoral, art. 121, § 4º, V. Pela escassez da sua disciplina constitucional, o MI não seria desde já aplicável, segundo alguns dos seus críticos. O STF arredou esse óbice, porque as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CR, art. 5º, § 1º; STF, MI 107). A mesma escassez de normas influencia o critério de aplicabilidade do MI. Ficará aberto ao legislador. Acho que, por enquanto, o STF poderá traçar diretrizes de **lege ferenda**, para ampliar e não para restringir a sua aplicação. **Barbosa Moreira** comenta sobre o MI: como idéia fundamental, um instituto de direito processual precisa ser organizado e atuado de tal maneira que “alcance a maior carga possível de efetividade”, principalmente em se tratando de norma básica constitucional, para evitar-se que a Constituição se transforme em simples declaração de princípios, sem atuação prática. Acho, com o mestre do Rio, que o MI não é apenas *norma de recomendação*, determinação de fazer *sem sanção*, função enunciativa de norma sem carga de eficácia, mas que, no próprio conteúdo da decisão seja formulada a regra provisória, que supra a omissão do ordenamento e seja aplicada ao caso concreto. Assim decidindo está-se “apenas organizando um mecanismo que se pode em certa medida assimilar ao da jurisdição de equidade, na qual o juiz não encontra no ordenamento jurídico norma aplicável ao caso concreto que lhe é submetido e, então, tem previamente de formulá-la, para, em seguida, aplicá-la” (Mandado de Injunção, **in** Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, E. J. 1991, v. 1, pp. 44 e s.). Não se trata de equidade individual, mas de caso de jurisdição de equidade. O obstáculo capaz de opor-se, com vantagem, a tal solução, somente seria se a decisão fosse estendida, na sua eficácia, a todos os casos análogos, como regra de alcance geral.

⁴⁸ Mandado de Injunção nº 107-3, STF, Pleno, nov. 1989, fls. 46.

⁴⁹ Mandado de Injunção nº 168-5/RS, ementa, fls. 27.

aberta a virtualidade da construção de outras formas de acautelamento do direito reconhecido, enquanto durasse a mora inconstitucional, além da aventada suspensão de processos judiciais ou administrativos⁵⁰.

O risco das decisões “oscilantes”

Essa mudança consistiu na concessão do *writ* com os seus efeitos específicos, de declarar a **mora legislatoris** inconstitucional e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para suprimimento da omissão. Como a persistência da omissão legislativa possa acarretar a frustração irreparável à expectativa de gozo pelo impetrante da prestação reparatória devida, cabe acautelá-lo dos riscos da demora, na medida do possível. Para isso acolheu-se a solução alvitada: a) prazo de quarenta e cinco dias, mais quinze para a sanção presidencial, a fim de que se ultimasse o processo legislativo da lei reclamada; b) ultrapassado o prazo, sem a promulgação da lei, reconhecimento ao impetrante da faculdade de obter, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação pelas perdas e danos que sejam arbitradas; c) declaração de que a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada nem impedirá que o impetrante obtenha benefícios posteriores à lei nos pontos em que for mais favorável.

A decisão não foi pacífica, mas a tendência dos votantes é, indubitavelmente, pela consagração da finalidade reparadora e não apenas platônica do MI, mesmo que seja necessário à Corte formular a norma para o caso concreto, não **erga omnes**.

Esta parece ser a indisfarçável *evolução* dos julgamentos do STF, mesmo que apareça velada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Tem-se especulado sobre o papel do Judiciário, nesses casos, que deixaria de ser o intérprete e aplicador das normas para ser o feitor das normas, confundindo-se a função judiciária com a legislativa⁵¹. E

⁵⁰ Mandado de Injunção nº 283/DF.

⁵¹ **Roberto Campos**, A Constituição Promiscuista.

também sobre a eficácia da decisão proferida no MI em face do Poder Legislativo. Ora, já atingiu a nova ordem constitucional o estágio da sugestão legislativa, direta, de iniciativa popular. Nesse avanço se inclui a transformação do STF em Corte Constitucional, o que significa o nosso ingresso no sistema de controle concentrado da Constituição. A Corte não atuará como simples legislador negativo, mas com função de jurisdição constitucional mais ampla e que decidirá todos os confrontos constitucionais.

O projeto do Deputado Luiz Clerot

Nesse sentido é a lição de **José Afonso da Silva**⁵². E já tramita na Câmara projeto de lei de iniciativa do Deputado Luiz Clerot, onde se lê, nos textos originais:

Art. 13. O Tribunal, ao conceder o mandado de injunção, formulará o regulamento da norma que assegura o direito ou interesse do impetrante e especificará as condições em que esse direito ou interesse poderá ser exercido.

Art. 14. A decisão será comunicada:

- a) por ofício, ao Poder competente, responsável pela mora legislativa ou regulamentar, para as providências cabíveis;
- b) por mandado, à pessoa ou autoridade, para que cumpra a decisão no prazo de trinta dias, se outro não lhe for assinado, sob pena de responsabilidade.

Art. 15. Quando a decisão produzir efeitos patrimoniais decorrentes de reparações de natureza econômica, a apuração se fará pela via judicial própria, após o trânsito em julgado do acórdão.

O primeiro princípio básico desse projeto de lei é a interferência judicialiforme do cidadão, que impetra o *writ*, na feitura da norma, aí confundidos dois direitos, de ordem individual e de ordem política. O segundo princípio revela-se através da convocação ativista dos

⁵² Debate sobre temas constitucionais, Anais do Simpósio Temas Constitucionais, Câmara dos Deputados, 1986, pp. 58-61.

Juízes, mas nutre-se da forte corrente opinativa de professores, advogados e juristas, os quais **Van Caenegem**⁵³ chama de “os senhores do direito”. **Consentini**⁵⁴ refere-se a eles como sendo “os legisladores suplentes”, porque emprestam ao legislador oficial uma colaboração útil e inevitável, para arredar o tradicional obstáculo à atuação do juiz que é, sem dúvida, a novidade jurídica.

Pontes de Miranda⁵⁵, citando o Juiz Hough, falou da resistência dos julgadores à legislação nova. E, mais do que isso, do propósito judiciário e administrativo de certos povos de não aplicar o direito novo, levando-o à falência. No Brasil, ainda segundo comentário seu, o reacionarismo é mais grave, porque se dirige, muitas vezes, contra a própria Constituição, ameaçada de falir e por fim falida, por culpa do propósito judiciário de não aplicar.

Ao contrário do exemplo de **Goldstein**⁵⁶, a popularidade das Cortes *oscilantes* pode decair e o seu prestígio minguar⁵⁷. Por isso

⁵³ *Judges, Legislators and Professors*, cit.

⁵⁴ **Consentini** (apud **Miranda Filho**, Propedêutica Jurídica, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1941, pp. 39 e 40) escreveu que o direito científico “*se presenta en certa guisa come un actività perennemente rinovatrice e creatice del diritto, come un antecipazione e preparazione Dell’opera del legislatore*”.

⁵⁵ Comentários ao CPC, cit., tít. IV, p. 2. O Juiz Hough, uma das maiores mentalidades jurídicas e um dos maiores magistrados americanos, escreveu que os julgamentos “são ditados ou dominados por atitudes mentais ou predileções fundadas na hereditariedade, na ambiência e na educação, como são os vereditos de todos os júris”.

⁵⁶ **Stephen Goldstein**, Relatório.

⁵⁷ Pretendeu-se a superação do cargo de juiz pelo voto popular: Califórnia (1911), Colorado, Arizona, Nevada (1912) e Kansas (1914) (**H. S. Gilbertson**: The recall, its provisions and significance, *Annals of Academy of Political and Social Science*, 43, 217). No Brasil, alguns constituintes de 1988 questionaram a atuação do Judiciário e também a sua natureza de Poder, porque não emanado da vontade popular. Pensou-se, também, no juiz com fiscal por cima, através de órgão de controle externo. Até o STF foi ameaçado de extinção, porque se dizia hipertrofiado pela concepção centralista e de força do Poder, oriunda da Revolução de 1964, calcada na Lei Orgânica de Magistratura Nacional e nascida com a EC nº 7/77, o chamado *pacote de abril*. Essa emenda foi promulgada pelo Poder Executivo no recesso do Legislativo. O STF passou a julgar as representações de inconstitucionalidade ou para interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual; a valer-se da advocatária das causas processadas perante quaisquer juízes e tribunais; a conceder medida cautelar nas representações manifestadas pela PGR e algumas vezes usada para interferir nas questões de **interna corporis** dos outros tribunais. A Assembléia Nacional Constituinte suprimiu essa competência e retirou-lhe, ainda, a competência legislativa concorrente. Ao tempo foi dito que Loman mutilaria o Judiciário, sendo uma lei de circunstâncias, produto das bodas espúrias de um Executivo

recomendou-se no IX Congresso de Direito Judiciário, de Portugal, como regra de implantação do ativismo do juiz, a sua exigente seleção e melhor preparação: *"cet activisme pose néamoins à nouveau dans toute son acuité le problème de la sélection des juges, du controle des juges e aussi de leur protection"*.

O ativismo e a seleção dos Juízes

Aqui no Brasil a seleção dos Juízes permanece adstrita à superstição do concurso público, conforme censura **Pontes de Miranda**. **Aniceto Lopes Aliende** acha que

os concursos atuais partem de uma premissa errada, de que os candidatos, por serem bacharéis, estão habilitados, vencida a prova de conhecimentos técnicos, a desempenhar a função de juiz. E isso não corresponde à realidade⁵⁸.

Também pensamos assim, mas é forçoso admitir que no Brasil o concurso ainda é a forma de recrutamento mais adequada, pois o ingresso na magistratura não pode ser deixado ao empirismo das escolhas individuais. O que preocupa, dentro da especificidade do profissionalismo do magistrado, é a figura do juiz neófito, que, embora vocacionado e intelectualmente qualificado, não possa defrontar, na cena judiciária, com situações para as quais o bacharelado ou o concurso não preparam, criando-se a figura do juiz arraigado ao espírito de casta, isolado

dominador e de um Legislativo dominado (cf. Amagis, 1:101 ,1983). A respeito do juiz com fiscal por cima, **Mauro Cappelletti** escreveu: *Who watches the watchmen? in The judicial Process in Comparative Perspective*, cit., pp. 57 e s. O assunto foi objeto de estudo também por **Storme** : *Quis custodiet custodes?* (Limb. Rechtsl., 1990). E no Relatório, p. 491, está dito: " *il serait temps qu'on se penche sur la deuxieme signification de la phrase célèbre de Juvenal: 'Sed quis custodiet et ipsos custodes ?', car custodire veut dire contrôler et protéger* . Cf., ainda , **Fix-Zamundio**, *Selección y Nombramiento de Jueces*; **Storme**, *towards a Justice with a Human Face*, **Atwerpen**, Deventer, 1974, pp. 405 e s.

⁵⁸ **Aniceto Lopes Aliende**, Recrutamento de Magistrados, RPG/ES, nº 35, jun. 1991.

intencionalmente, digno por omissão, burocrata da verdade formal ou mero estafeta da Justiça⁵⁹.

Sobre o assunto leia-se a opinião de **Antônio Brancaccio** exposta em uma de suas conferências feitas no Brasil (*La formazione dei magistrati, Pisa, Pacini Ed., 1972, e Consiglio Superiore della Magistratura - Il magistrato: dal reclutamento alla formazione professionale - Esperienze in Itália e nel mondo, Roma, Iasillo, 1982*). (Matéria coligida por Pádua Ribeiro, 5º Painel do fórum Políticas Sociais para os Anos 90, São Paulo, 22.08.1989).

Enfim, o critério de escolha dos Juízes seria o adotado na França, Espanha e Portugal, entre outros países que não aboliram inteiramente o concurso, mas fazem o recrutamento através de cursos programados sob a tutela direta do Ministério da Justiça. Na Espanha o assunto foi exaustivamente estudado por Carmona Ruano, Cano Bueso, Toharia, Fernando Ledesma e Carlos Garcia Valdés (*La selección y formación de los jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales, São José da Costa Rica, abril de 1987*).

Escolas de magistrados e centros de estudos judiciais

Está pronto o texto do anteprojeto do Estatuto da Magistratura, lei complementar de iniciativa do STF⁶⁰ que regulará o art. 93, II, c, e IV, da Constituição. Este texto cuida das Escolas de Magistratura, às quais competirá a realização de cursos de caráter permanente. As escolas estarão operando sob a supervisão do Centro Nacional de Estudos Judiciários (art. 76), o que emprestará cunho oficial aos cursos, à semelhança dos congêneres alienígenas. Espera-se que os

⁵⁹ **José Renato Nalini**, O Magistrado e a Comunidade, RPGE/SP, jun. 1991, pp. 159-72; **Mário Moacyr Porto**, O Efêmero e o Eterno no Direito, RT, 285:7, **apud Nalini**, O Magistrado..., RPGE/SP, cit., p. 164.

⁶⁰ Anteprojeto do Estatuto da Magistratura, Cap. III, arts. 77, 78 e 79.

currículos sejam padronizados e não apenas preocupados com assuntos de interesse livresco ou acadêmico.

Sobre o tema veremos, mais de espaço, como foi versado no I Simpósio de Belo Horizonte, em 1988, nos estudos sobre o ativismo judicial, que veio a ser, posteriormente, em 1991, um dos assuntos mais importantes do IX Congresso de Direito Judiciário, de Portugal. Aqui o modelo norte-americano do *Federal Judicial Center* também teve destaque.

No Brasil debateram o assunto, entre outros, **José Arthur Rios⁶¹**, **Raul Machado Horta⁶²**, **Eduardo Oliveira Leite⁶³**, **Antônio Brancaccio⁶⁴**, **Wladimir Passos de Freitas⁶⁵**, **Sálvio de Figueiredo Teixeira⁶⁶**, **Aniceto Lopes Aliende⁶⁷**, **José Renato Nalini⁶⁸**, **Galeno Lacerda⁶⁹**, **Evandro Gueiros Leite⁷⁰**.

O I Simpósio de Belo Horizonte

⁶¹ Modernização da Justiça, Carta Mensal, órgão do Conselho Técnico da CNC, v. 34, 1989, p. 10.

⁶² Unidade e Dualidade da Magistratura, RDP, 87:38-9, jul./set. 1988, n. 5.

⁶³ Uma Escola Nacional de Magistratura, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 44:33-47, out./dez. 1986.

⁶⁴ Brasília, 21.08. 1986 - Conferência vertida para o vernáculo pela Dra. Luiza A. Chaves. O autor era, ao tempo, 1º Presidente da Suprema Corte de Cassação Italiana.

⁶⁵ Justiça Eficiente, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 45:76.

⁶⁶ A Escola Judicial, Amagis, 19:92-107, dez./1990.

⁶⁷ Recrutamento de Magistrados, RPGE/SP, cit., pp. 25-38. O autor faz referência ao XVIII Congresso de Faculdades de Direito, realizado em Campinas, SP, e ao trabalho do Des. Sylvio do Amaral sobre o mesmo tema. As conclusões do Congresso de Campinas são relevantes e, praticamente com apoio nelas, a Presidência do TJESP deu início à efetivação do programa. Foram baixados o Ato Regimental nº 163 e a Resolução nº 2, art. 139, com o suporte de lei estadual já em Projeto nº 616, de 01.12.1990.

⁶⁸ O Magistrado..., RPGE/SP, cit., p. 159.

⁶⁹ Comentários, cit. Há referência ao nome de **Galeno Lacerda** no Relatório, p. 491 (4), não especificamente sobre ativismo judicial.

⁷⁰ Programa de desenvolvimento para uma alta administração da Justiça, I Simpósio sobre Modernização da Justiça Federal, Belo Horizonte, 17-20 mar. 1988, Revista de Informação Legislativa, pp. 175-84; e IV Congresso Internacional de Informática e Regulamentação Jurídica, Roma, 16-21 maio 1988. Sobre esse importante conclave somente agora foram editados livros pela Giuffrè Editore, de Milão, Coletânea dirigida por V. Novelli e coordenada por E. Giannantonio. Toda a literatura pertinente aos temas debatidos naquele Congresso foi entregue aos cuidados do CJF.

O I Simpósio de Belo Horizonte, sobre modernização da Justiça Federal, foi realizado sob os auspícios do Conselho da Justiça Federal, ao tempo do extinto TFR, dentro do Projeto de Intercâmbio Internacional, e teve continuidade com viagem que fizemos a Roma (IV Congresso Internacional de Informática Jurídica), passando por Strasbourg (*Cour Européenne de Strasbourg*), Paris (*École Nationale de la Magistrature*), Madri (*Centro de Estudios Judiciales de los Aspirantes a ingreso a la Carrea Judicial por la Categoria de Juez*) e Lisboa (*Centro de Estudos Judiciários*)⁷¹.

O projeto de uma nova estrutura orgânica para a justiça

O projeto destinava-se à concepção de uma nova estrutura orgânica para a Justiça Federal, como já havia sido projetado para a Argentina⁷², com suporte técnico e apoio financeiro do PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e do Cendec - Centro de Treinamento Econômico⁷³.

A programação não seria apenas a procura da verdade livresca, mas a combinação do *ativismo*, no sentido da previsão recomendada por **Cappelletti**⁷⁴, e também das técnicas gerenciais, do que é modelo o *Federal Judicial Center*, cuja finalidade é a introdução dessas técnicas na gestão dos órgãos judiciários⁷⁵.

⁷¹ Exemplar do Programa para os candidatos ao ingresso no *Centro de Estudios Judiciales y Posterior Acceso à la Carrera Judicial*, PA/JF/CJF/TFR-STJ, n. 90/70.

⁷² Na Argentina os trabalhos já chegaram à fase de execução na esfera governamental, através da Secretaria de Justiça, com projeto de reforma da administração da Justiça e outro sobre o Sistema Argentino de Informática Jurídica (*Revista de Informação Legislativa*, 100:180 (14)).

⁷³ Cendec, órgão integrante do Ipea - Instituto de Planejamento Econômico e Social, fundação vinculada à antiga Seplan.

⁷⁴ M. **Cappelletti**, *Acces do Justice Project*.

⁷⁵ **Antônio Brancaccio**, *La Formazione dei Magistrati*, cit., p. 33. Escrevendo sobre o método comparativo como sendo o único realmente sério de previsão do futuro dos organismos sociais, ensina que assim também é quanto aos valores da Justiça, numa dimensão transnacional. Sobre o plano institucional, por exemplo, menciona o Conselho d'Europa que estuda há anos o funcionamento da Justiça e os meios de melhorá-lo. Podem dirigir-se ao *Federal Judicial Center*, de Washington, que tem por finalidade a introdução de técnicas gerenciais. Foi o primeiro a estudar tais técnicas na gestão dos órgãos judiciários.

A Escola Nacional da Magistratura, da França, foi citada como padrão para o nosso projeto de cursos oficiais, constitucionalmente previstos, diferentes dos centros tradicionais, que se esgotam na revisão das disciplinas comuns a uma Faculdade de Direito e que nem sempre são verdadeiras instituições de reflexão sobre a Justiça ou de aplicação judiciária.

As escolas e cursos desse tipo, já criados pelos Tribunais de Justiça e pelas Associações de Magistrados, têm tido, como objetivos específicos, a preparação de candidatos aos concursos de juiz, a atualização e o aperfeiçoamento em seminários, congressos ou encontros, sob a forma de sessões nacionais e regionais, organizados a partir de temas previamente definidos.

Essas reuniões, na sua maioria de bom nível, têm sofrido, contudo, críticas à forma de apresentação. A técnica clássica da aula expositiva, também chamada *magistral*, tem sido contestada, porque alheia ao domínio de uma pedagogia equilibrada entre a teoria e a prática.

Seria injusto, porém, deixar de resgatar o avanço desses simpósios, oficiais ou avulsos, que cooperam para a formação permanente dos Juízes. Será preciso, no entanto, que daí resultem repertórios de apoio pedagógico. A variedade e a atualidade dos temas já registrados na Escola Nacional da Magistratura, da França, e dos Centros de Estudos Judiciais visitados confirmam a diversificação dos estudos.

Se não, vejamos:

... ainda segundo a visão de **Antonio Brancaccio**, para implementarem-se programas desse tipo devem ser criados organismos especializados, que os elaborem, desenvolvam e difundam, escolhendo e mantendo componentes de adequada cultura, enquanto que aos órgãos tradicionais caberia apenas dirigir e supervisionar tais programas, como departamentos autônomos dentro de suas próprias estruturas.

Os órgãos tradicionais seriam as Escolas de Magistratura e os Centros de Estudos Judiciários (**omissis**).

O “*case flow management*”, de Taylor, e o MBA Brasileiro

No IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, de Portugal, debateu-se a formação do juiz ativista sem o recurso à retórica. Pode-se afirmar que ali foram discutidas metas além das convencionais.

Sendo o juiz um autêntico diretor do processo, apresenta-se ele com vantagens inegáveis, resultantes da linha pragmática do Direito Processual em oposição às suas bases dogmáticas. **Cappelletti** faz a pergunta: por que não? E a resposta é dada por **Taylor**: “*le juge pourra devenir ainsi le manager, dont la Justice a besoin. Cette évolution a été originalement qualifiée de 'case flow management'*”⁷⁶.

Isto significa “gerenciamento por estudo de casos”, ou, mais modernamente, “gerenciamento por padrões de referência de mercado” (PRM). De caso em caso (precedentes) chega-se às *súmulas* ou ao “lançamento de planos de alcance futuro”, onde reside o *ativismo* típico, a que os anglo-saxônicos chamariam de *long term plans*.

Coincidência temática

Tivemos oportunidade de lançar, em março de 1988, no I Simpósio de Belo Horizonte, ousado projeto especial de desenvolvimento para uma alta administração da Justiça. Falamos da possibilidade do afastamento paulatino da atuação tradicional, substituindo-a, **modus in rebus**, pelo que ocorre vitoriosamente no âmbito empresarial. Tomar-se-ia como ponto de referência o modelo MBA Executivo (*Master Business and Administration*), já implantado no Brasil pelo IEAD, Instituto

⁷⁶ **Taylor**, Relatório, p. 488, n° 8 (b).

Empresarial de Administração, e pelo COPPEAD, Instituto de Pós-Graduação e Pesquisas em Administração, da UFRJ.

Recebido como programa de desenvolvimento gerencial, o MBA seria, à semelhança do *case flow management*, o instrumento de formação básica, orientado para o executivo consciente de sua evolução profissional e do aprimoramento de sua habilidade gerencial, em meio de carreira, e cuja experiência geralmente é voltada para uma única área de atividade. A troca de experiências entre participantes seria fundamental na formação generalista. O método de ensino, baseado na análise dos casos e na tomada de decisões.

Esse processo pedagógico aprimora a capacidade de inter-relacionamento, no grupo, afina a habilidade de decidir, de persuadir e de articular idéias. O sistema objetiva aos seus integrantes dotá-los de uma gama de conceitos que possam ajudar na análise dos problemas, levando-os à tomada de decisões; mostrar-lhes a complexidade das inter-relações nas diversas áreas funcionais, a integração dos diferentes objetivos dessas áreas no interesse da instituição como um todo; ampliar o marco de referência do participante em relação ao ambiente no qual desenvolve as suas atividades, nos campos econômico, político, social e ecológico.

Destaquei do conteúdo de tais cursos um dos seus principais tópicos: a análise de decisões, que se decompõe: a) na árvore da decisão; b) na probabilidade de risco ou erro; c) na determinação e uso de distribuições contínuas de probabilidades; d) na simulação da análise de decisões complexas; e) na alocação de recursos escassos; f) nos modelos para planejamento; g) na previsão.

Seguem-se, nas suas linhas mais complexas, os sistemas de informação, o comportamento organizacional e a gerência de recursos humanos. Saliente-se, ainda, a satisfação e a motivação individuais, a gerência dos conflitos e das crises, o desempenho social e a auditoria de pessoal. Seria apropriada, aqui, a observação de **Vescovi**, no *Relatório*, à

p. 420 (3): "*Cette activité peut également dans un certain sens (3) être exercée par les juges du monde entier, en tout cas là ou ils ne sont plus uniquement les bouches qui prononcent la loi.*"

O Juiz **Wladimir Passos de Freitas**⁷⁷ já dissera que o bom juiz não se deve limitar ao estudo do Direito. Ele é a figura central na busca de soluções. Recomendou, ao falar da atividade administrativa do juiz, que deveria reger-se por planos e estudos específicos, sobre o que nada existe nas revistas especializadas. A participação do juiz é imprescindível no relacionamento com auxiliares, advogados e partes. Para ser líder ele precisa ser um bom executivo.

Grupos de pressão, mascaramento exegético e força do poder

Acrescente-se a essas observações o que pondera **Gastão Alves de Toledo** sobre grupos de pressão⁷⁸, dado o fato de que o juiz não está fora da vida pública. Se não faz as leis nem tem influência na Espada ou no Tesouro, a sua posição é perigosamente vulnerável, salvo se estiver preparado para julgar. Se o fizer bem, com imparcialidade e independência, o juiz ativista, de acordo com a observação de **Bickel**, será "*the least dangerous branch*"⁷⁹.

Alerta, ainda, **Gastão Alves de Toledo** para o *mascaramento* exegético, conduta judicante inadequada. Decisões são muitas vezes influenciadas por interesses de grupos (*lobby* indireto), ou pelo sentimento público, assim como nas pelepas que envolvem os interesses

⁷⁷ Justiça Eficiente, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 45: 76.

⁷⁸ **Gastão Alves de Toledo**, Grupos de Pressão no Brasil - Judiciário, Curso Modelo Político Brasileiro, PRND, IAB/SP, v. III, p. 1985. Ver, também, **Jean Meynaud**, Os Grupos de Pressão, Lisboa, publicação Europa-América, 1966; **Ronald J. e Ruth K. Scott**, *Interest Groups in America*, Prentice Hall, Inc., 1982.

⁷⁹ **Bickel A.**, *The least Dangerous Branch*, Indianápolis, 1962, p. IX. O autor refere-se ao Judiciário, comparando-o aos demais, como "o menos perigoso ramo" dos Poderes do Estado. Aliás, a observação originária é de **A. Hamilton**: "*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the Judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them.*"

do Estado contra os do cidadão, estando-se a reclamar o amparo deste em face daquele.

No Estado de Direito, o juiz pode encontrar-se ante a difícil tarefa de manter a força do poder em sua exata medida. Seria o caso, por exemplo, das prisões administrativas por descumprimento de decisões judiciais⁸⁰. Refletindo o juiz sobre os interesses grupais, não deverá ficar à mercê do seu assédio, cabendo-lhe avaliar a dimensão dos pleitos e a repercussão das decisões, para evitar que essas possam dar início a novos conflitos, talvez até de natureza mais abrangente.

A força de um poder independente preocupa e deixa em sobressalto os demais departamentos estatais, que o querem controlado. Por isso, o juiz ativista não deve transpor barricadas. A lição de **Rui**⁸¹ é a de que a força tem a sua fraqueza incurável na desestima da nação. Assim, a missão do Judiciário, segundo ele, é *docilizar* o poder para fazer vingar a lei como apanágio de seu mister, mas nunca - diremos nós - transformar o remédio jurídico em instrumento de rivalidade.

Palavra final

⁸⁰ Questiona-se nesses casos a competência do juiz para mandar prender a autoridade que se rebela contra o cumprimento da decisão. Isso tem acontecido freqüentemente, mas é contra os princípios. A autoridade coatora está obrigada ao cumprimento da ordem, tanto mais sendo daquelas que devem ser cumpridas de plano. A rebeldia pode redundar em responsabilidade por falta funcional ou crime. É, porém, defeso à autoridade judiciária exigir o cumprimento da ordem sob pena de prisão, salvo nos casos previstos na Lei Maior, art. 5º, LXVII. **José Cretella Júnior**, citando **Brandão Cavalcanti**, diz que "muitos excessos têm sido cometidos de parte a parte, repreensíveis por eles mesmos: não tendo vacilado os juizes, por vezes, na estranha providência de prender a autoridade administrativa, a braços com dificuldades burocráticas para cumprimento da ordem de segurança". Sobre o crime de desobediência, previsto no art. 359 do Código Penal, o STF já decidiu que a ordem judicial ali prevista só pode ser a penal, excluindo-se a civil (RHC nº 54.005 /MG, RTJ, 79:401 e s.). Algumas vezes a autoridade supostamente rebelde encontra-se sob o amparo da lei, que também vincula o juiz (cf. Lei nº 4.338/64, art. 5º, parágrafo único; Lei nº 5.021/66, arts. 1º, §§ 2º, 3º e 4º, e 2º; Lei nº 8.076/90, art. 1º, parágrafo único).

⁸¹ **Rui Barbosa**, Discurso perante o STF, em 23.04.1992, in *Novos Discursos e Conferências*, Liv. Acadêmica, 1983, p. 95.

O ativismo judicial tem sido bem aceito pela sociedade, principalmente nos casos de omissão do Congresso. **Aliomar Baleeiro**⁸² escreveu sobre o Judiciário que supre lacunas, freia a inovação inoportuna do legislador afoito, pisa o acelerador do Congresso omissor, lerdo ou tímido. Enfim, completa a Constituição, que é a sua competência mais nobre.

Há, porém, os que se arreceiam do juiz ativista e do seu papel na sociedade contemporânea (*"tous ceux qui sont hantés par le spectre du juge activista"*), que seria o juiz-ditador ou o juiz-legislador, por proferi-lo apenas do tipo anjo-da-guarda, agente da paz ou guardião da lei e da ordem. São os que se esqueceram de reler **Hamilton** ou nunca o leram.

E outros há, que não atentam para a importância dessa evolução. **Edgard de Moura Bittencourt**⁸³ desenvolveu séria resistência à criação das Escolas de Magistrados. **João Luiz Alves** teve a iniciativa, em 1914, de um projeto de lei hostil ao STF, em represália ao ativismo dos seus Juizes⁸⁴. **João Mangabeira**⁸⁵ se mostrou desencantado com o desempenho daquela Corte, que apontou como responsável pelo fracasso do nosso presidencialismo.

Del Vecchio⁸⁶ escreveu que é válido modificar certos organismos ou institutos, se há decadência ou involução que correspondam ao diminuir do valor real das razões que lhe deram vida, embora seja prudente precaverem-se os juízos precipitados sobre o mérito dessas modificações. Mas não é aconselhável, diremos nós, que a prudência se confunda com a tolerância e torne ineptos os seus frutos.

⁸² Uma Nova Estrutura..., RBDP, cit.

⁸³ O Juiz, EUD, p. 39.

⁸⁴ **João Luiz Alves**, citado por **Baleeiro** (Uma Nova Estrutura..., RBDP, cit.).

⁸⁵ Citado por **Baleeiro** (Uma Nova Estrutura..., RBDP, cit.).

⁸⁶ Direito, Estado e Filosofia, 1952, p. 337.

